

A.I. Nº - 217359.0007/20-6
AUTUADO - ATACADÃO S.A.
AUTUANTE - ITAMAR GONDIM SOUZA
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/12/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0197-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **a)** REMESSA EM BONIFICAÇÃO, DOAÇÃO OU BRINDE. Infração não defendida. Subsistente. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS PARA OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. **c)** OPERAÇÕES COM ECF. O autuante acatou parte das alegações defensivas, refeitos os cálculos. Infrações parcialmente subsistentes. Indeferido os pedidos de perícia e diligência. Afastada a preliminar de nulidade. Autuada elidiu parcialmente as infrações. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 30/06/2020, o Auto de Infração em lide, exige o ICMS no valor histórico de R\$150.818,16, acrescido de multa pela constatação das infrações a seguir descritas:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no período de setembro de 2016, exigindo o ICMS no valor de R\$3,11, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuante informa que: “*Refere-se a remessa de aparas de papel com a CFOP 5910 – Remessa em bonificação, doação ou brinde*”.

Enquadramento legal: art.2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, apuradas nos períodos de janeiro a dezembro de 2016, exigindo o ICMS no valor de R\$18.029,05, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Consta a informação de que: “*Refere-se a mercadorias tributáveis, cujas operações de saídas ocorreram sem tributação do ICMS, dentre as quais destacamos: mercadorias com tributação normal, tributada com substituição tributária; mercadorias isentas especialmente em operações internas, cujas saídas para outras unidades da Federação se deram sem tributação*”.

Enquadramento legal: art.2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas apuradas nos períodos de janeiro a dezembro de 2016, exigindo o ICMS no valor de R\$132.786,00, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuante complementa: “*Refere-se a operações com ECF – mercadorias tributadas em operações de saídas como se isentas fossem e mercadorias com tributação normal que saíram como se substituídas fossem*”.

Enquadramento legal: art.2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I do RICMS/2012.

A autuada por seu procurador impugna o lançamento, fls. 20 a 26, onde inicialmente relata os fatos, transcreve as infrações e afirma que o lançamento não deve prevalecer conforme demonstrará.

Registra que os dispositivos eleitos como tendo sido infringidos, não guardam relação de causa e efeito com a conduta reprimida pelo fisco mediante o lançamento, bastando a leitura dos artigos apontados para se constatar verdadeira a afirmação, razão pela qual, conclui que diante do vício de fundamentação decorrente da ausência de subsunção fato/norma, garante ser nulo Auto de Infração.

Pondera que acaso, a título argumentativo, seja superada esta preliminar de inépcia do lançamento, já que implica em cerceamento ao seu amplo direito de defesa e contraditório, *ad cautelam*, passa a registrar o quanto segue apontada na acusação.

Sem prejuízo do já arguido, também quanto ao mérito, aduz não merecer prosperar o lançamento, porque não há que se falar em falta de recolhimento de ICMS proveniente de operações tributáveis considerada como não tributáveis, tal como lançado.

Justifica que na infração 02 isso se dá diante das ocorrências a seguir relacionadas – Doc. 02:

- a) Mercadoria sujeita à substituição tributária, conforme itens 1.106, 3.17, 8.14, 8.75, 9.11, 9.12, 9.23, 11.13, 11.6 e 12.31, do Anexo 1 do RICMS;
- b) Alíquota de 18% + 2% de “FECOP” foi instituída pela Lei 13.461, com efeitos apenas a partir de 10/03/2016;
- c) Mercadoria com mais de 70% de sua composição derivado de petróleo está sujeita a substituição tributária conforme item 6.8 do Anexo 1 do RICMS;
- d) Produto considerado em estado natural, enquadra-se na isenção prevista no Convênio ICMS 44/75, conforme Parecer DITRI nº 39137/2019 com efeitos retroativos;
- e) Feijão, arroz, farinha de mandioca e farinha de milho, são produtos isentos, conforme art. 265, inc. II, alíneas “b”, “c” e “d” do RICMS/BA; e,
- f) Macarrão é sujeito a alíquota de 7%, conforme art. 16, inc. I, alínea “a”, da Lei 7.014/96;

Complementa que o mesmo ocorre na infração 03 – Doc. 03:

- a) Mercadoria sujeita à substituição tributária, conforme itens 2.24, 3.17, 6.8, 8.14, 9.11, 9.20, 11.6, 11.3.1, 11.13 do Anexo 1 do RICMS;
- b) “FECOP” com início de incidência para cosméticos apenas em 10/03/2020, conforme Lei nº 13.461/2015;
- c) Existência de produtos cuja alíquota prevista é 18%, com redução para 5,6% conforme art. 266, inc. I, alínea “b” do RICMS/BA;
- d) Mercadoria isenta, conforme art. 265, inc. I, alínea “c”, do RICMS/BA e Convênio ICMS 39/91;
- e) Mercadoria que goza de isenção sobre pescados vigente até 31/05/2016, conforme art. 265, inc. II, alínea “e” do RICMS/BA;
- f) Alteração do entendimento da DITRI em 12/12/2019, com o parecer nº 39137/2019 – efeitos retroativos em benefício do contribuinte;
- g) Mercadoria em estado natural – isenção nos termos do art. 265, inc. I, do RICMS/BA;

Conclui que por todos os ângulos que se analise o caso em apreço, restará claro o reconhecimento da improcedência total do lançamento objurgado, como medida de aplicação do melhor Direito ao caso concreto.

Caso não seja este o entendimento do órgão julgador, desde já, em busca da verdade material requer, seja realizada a perícia técnica, para a comprovação de que nada é devido. Para tanto, protesta, quando do deferimento da prova requerida, pela formulação de quesitos e aguarda o deferimento do pedido, sob pena de cerceamento ao seu direito de defesa.

Indica como assistentes técnicos os profissionais que relaciona.

Por fim, requer seja conhecida e julgada procedente a defesa, declarando-se a insubsistência total do lançamento, seja pela preliminar, seja quanto ao mérito, dado que procedeu em consonância com a legislação de regência do estado da Bahia.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 66 a 104, onde inicialmente faz um breve relato dos fatos, reproduz as infrações e integralmente os termos da defesa para em seguida contestá-los.

Quando a defesa questionou o enquadramento das infrações alegando que os mesmos não guardam relação de causa e efeito com as evidências apontadas, frisa que no presente processo há uma perfeita adequação do fato gerador do imposto à norma tributária vigente e relaciona, caso a caso, todas infrações onde a autuada alega não haver subsunção,

Explica que o art. 2º, inc. I da Lei nº 7.014/96, c/c o inc. I do art. 332 do RICMS/2012, definem que o ICMS incide na circulação de mercadorias, fato não observado pela autuada quando efetuou a circulação de mercadorias tributáveis sem o destaque do imposto devido.

Neste caso, pontua que a situação fática é que a autuada deu saída a mercadorias tributáveis, sem destacar o imposto devido, infringindo assim o art. 2º da citada lei, portanto o enquadramento está perfeitamente correto e não há que se alegar ausência de subsunção do fato à norma, conforme reivindicada.

Das alegações e justificativas apresentadas no Doc.02:

10063021 - 12474-194 - ARROZ CAMIL AGULHINHA T.1 FDO 1 X 10 1KG.

11062000 - 32557-993 - FARINHA MAND.DA BOA FINA BRANCA PCT 1 X 1 1KG.

Explana que as operações de vendas de arroz, farinha de mandioca e feijão para outras unidades da federação não estão amparadas pela isenção, limitada às saídas internas. No caso em análise, as operações foram efetuadas para outras unidades da Federação com CFOP 6.102. Portanto, não assiste razão a autuada.

83015000 - 52491-956 - CADEADO MOTO WESTERN 1,2M UND 1 X 1 1UND.

Indica que a “POSIÇÃO 8.75 DO ANEXO ÚNICO DO RICMS” – Refere-se a cadeado automotivo, para uso em motocicletas, portanto está excluído da ST, conforme se constata no texto da posição 8.75, também não assiste razão a autuada.

CFOP 6.102 - 469835 19021900 MAC.IMPERADOR ESPAGUETE COMUM FDO.

Destaca que a autuada invoca o art. 16, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, alegando que a alíquota é de 7% para macarrão. Contudo, no caso, trata-se de operações para outras unidades da Federação, conforme CFOP destacado. Portanto, aplica-se a alíquota interestadual, conforme inc. II do art. 16 da Lei nº 7.014/96. Argumento não acatado.

27101999 - 10181-993 - OLEO PEROBA VDO 1 X 1 100ML.

Plota figuras de embalagens do produto, assim como trecho do Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente, posição 6.8 e afirma que os produtos em questão não se enquadram nos critérios aí estabelecidos, pois, trata-se de óleo de peroba e outros óleos vegetais para polir móveis, assim, o argumento será afastado.

Quanto aos produtos a seguir, a alegação da defesa é de que estão enquadrados no item 8.14 do Anexo 1 do RICMS-BA:

39249000 - 38162-998 - LIXEIRA SANREMO 30L BASC.C/TAMPA UND 1 X 1 1UND

39241000 - 26309-913 - LIXEIRA PIA BASCULANTE PLASNEW 3.6L CJO 1 X 1 1UND

39249000 - 14768-910 - LIXEIRA C/PEDAL PLASVALE 13L 182 UND 1 X 1 1UND

39249000 - 45130-943 - LIXEIRA PLASUTIL 7L C/PEDAL 3494 UND 1 X 1 1UND

39249000 - 23517-979 - LIXEIRA PLASUTIL TRIANGULAR 2633 UND 1 X 1 1UND

Para combater o argumento, reproduz o item 8.14 do Anexo 1 ao RICMS/2012 e frisa que constata-se que esta posição do Anexo 1 trata de: ARTEFATOS DE HIGIENE/TOUCADOR DE PLÁSTICO, PARA USO NA CONSTRUÇÃO. No presente caso, as lixeiras são para uso doméstico e saboneteiras plastisul,

que não guardam nenhuma pertinência com a previsão legal para serem enquadrados como produtos da substituição tributária.

Plota diversas imagens ilustrativas dos produtos descritos, provenientes do site dos fabricantes e afirma restar evidente que os produtos elencados não se coadunam com a previsão legal estabelecida pela posição 8.14 do Anexo 1 do RICMS/BA, portanto, não assiste razão às alegações apresentadas.

Quanto a afirmação de que as LUVAS EXAMGLO FINA MULTIUSO estão enquadradas no item 9.11 do Anexo 1 do RICMS/BA, cujo descrição é: “LUVAS CIRÚRGICAS E LUVAS DE PROCEDIMENTO”, transcreve trecho do Anexo 1 ao RICMS/BA, item 9.11, assim como uma foto do produto e conclui que o item relacionado no levantamento é LUVA MULTIUSO, destinada a limpeza doméstica, portanto de tributação normal.

Passando a tratar dos produtos hortifrutícolas, cita a legislação relativa a essa matéria e sobre a isenção das operações com estes produtos.

Frisa que o art. 265 do RICMS/BA determina que são isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais, desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da Europa e nozes (Conv. ICM 07/80).

A seguir relaciona os produtos arrolados no levantamento, que por suas características deixariam de ser tributados:

07108000 - 38134-982 - BROCOLIS DAUCY CONG. UND 1 X 1 1KG
07108000 - 38137-960 - COUVE-FLOR DAUCY CONG. UND 1 X 1 1KG
07102100 - 38132-963 - ERVILHA DAUCY CONG. UND 1 X 1 1KG
07141000 - 15819-968 - MANDIOCA PALITO LAR CONG. PCT 1 X 1 2KG
07109000 - 47934-863 - MISTURA CARIBENHA DAUCY CONG. UND 1 X 1 1KG
07109000 - 47935-971 - MISTURA CHINESA DAUCY CONG. UND 1 X 1 1KG
07109000 - 47933-952 - MISTURA JAPONESA DAUCY CONG. UND 1 X 1 1KG
07109000 - 38135-941 - MIX 4 LEGUMES DAUCY CONG. UND 1 X 1 1KG
07109000 - 38136-900 - SALADA VERA0 DAUCY CONG. UND 1 X 1 1KG
07109000 - 38136-900 - SALADA VERA0 DAUCY CONG. UND 1 X 1 1KG

Indica tratar-se de hortifrutícolas submetidas ao processo de industrialização nas seguintes fases: seleção, lavagem, cozimento, secagem, acondicionamento a vácuo e congelamento.

Afirma que o brócolis, a couve-flor, a ervilha e outros legumes não estão mais em seu estado natural, pois foram submetidos ao processo de industrialização e em alguns casos ocorreu a junção de vários deles que deu origem a novos produtos, denominados: MIX 4 LEGUMES DAUCY CONG, SALADA VERÃO DAUCY CONG e MISTURA JAPONESA DAUCY CONG, conforme fotos que plota.

Acrescenta ser notório que não são legumes em seu estado natural, trata-se de novos produtos alimentícios prontos para consumo, uma vez que foram submetidos ao processo de industrialização, portanto, não assiste razão às alegações da defesa.

Admite serem procedentes as alegações defensivas, quanto aos produtos que relaciona, onde fez a exclusão do levantamento, restando devido o montante de R\$4.394,24, conforme demonstrativo a seguir.

Mês	Diferença
mar/16	362,10
mai/16	411,23
jun/16	814,67
jul/16	578,83
ago/16	805,15

out/16	353,26
nov/16	532,19
dez/16	536,81
Total	4.394,24

Esclarece que o valor remanescente refere-se aos produtos que não foram contestados na defesa, assim como aqueles que não acatou as razões apresentadas, pelos motivos já expostos.

Ao tratar da infração 03, ressalta que os itens relacionados não constam do levantamento, conforme demonstrativo DÉBITO A MENOR EM OPERAÇÕES COM ECF – ERRO NA DETERMINAÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA – DEMONSTRATIVO ANALÍTICO, gravado na mídia CD fl. 15, repetindo todas as informações referentes a infração 02.

Conclui que relativamente a parte dos produtos que enumera, efetivamente procede parte das alegações da defesa. Assim fez a exclusão deles, restando o montante de R\$60.147,75, conforme demonstrativo.

Mês	Diferença
31/01/2016	12.370,26
29/02/2016	8.288,47
09/03/2016	2.845,69
31/03/2016	5.241,96
30/04/2016	3.856,22
31/05/2016	3.143,87
30/06/2016	4.884,26
31/07/2016	3.053,34
31/08/2016	3.324,70
30/09/2016	2.162,43
31/10/2016	2.606,58
30/11/2016	3.365,59
31/12/2016	5.004,38
Total	60.147,75

Referente aos pedidos de diligência e perícia técnica, lembra que ao solicitar, o interessado deverá fundamentar a necessidade efetiva de sua realização. Não bastando pedir, conforme determina o art. 145 do RPAF/99, que reproduz.

Salienta como pode ser verificado às fls. 103 e 104, a defesa não fundamenta seu pedido de diligência e perícia, apenas apresenta como razão a comprovação de que nada é devido.

Transcreve o art. 147 do RPAF/99 e ressalta a previsão de que o pedido de diligência deve ser indeferido quando os elementos de convicção estiverem contidos nos autos.

Reproduz mais uma vez as infrações e reafirma que os demonstrativos estão acostados aos autos, fls. 07 a 14 e em meio digital, fl. 15 o que atesta a existência dos elementos probantes das infrações.

Lembra que as provas reunidas são os documentos e livros fiscais do próprio contribuinte: notas fiscais eletrônicas e a Escrituração Fiscal Digital – EFD, contra os quais a autuada não faz nenhuma contestação em sua defesa, portanto, tais provas não dependem de conhecimento técnico específico para elucidá-las.

As perícias técnicas se justificam quando o mérito da autuação requer esclarecimentos técnicos específicos para elucidar o entendimento das provas, como por exemplo: a auditoria em indústria química, que exige conhecimento técnico específico do processo produtivo, inclusive os índices de perdas das matérias primas e materiais secundários utilizados assim como a fiscalização de indústria de papel e celulose, indústria de medicamentos etc.

Salienta que as evidências identificadas na fiscalização estão fundamentadas em provas documentais acostadas ao processo; o mérito das autuações é de fácil entendimento e previsto de forma cristalina na legislação do ICMS, sendo que a autuada em momento algum questionou a veracidade ou validade das provas. Assim, conclui desnecessária será a realização de perícia técnica.

Pede que o Processo Administrativo Fiscal seja julgado parcialmente procedente, no valor total de R\$64.541,99, assim distribuído:

Infração 01 – mantida integralmente, no valor de R\$3,11;

Infração 02 – acatada parcialmente a argumentação defensiva, que resultou na exclusão de itens, restando o montante de R\$4.394,24, assim defende a procedência parcial;

Infração 03 – acatada parcialmente a argumentação defensiva, resultando na exclusão de itens, restando o montante de R\$60.147,75, assim reivindica a procedência parcial dessa infração.

Em 25/03/2021, considerando que na informação fiscal, o autuante, reconheceu parte das alegações defensivas, anexou aos autos novos demonstrativos e levantamentos, sem que o contribuinte tivesse sido notificado, o processo foi convertido em diligência à IFEP-SUL para que fosse intimado o contribuinte a tomar ciência da informação fiscal, entregando-lhe cópia, assim como dos demonstrativos, mediante recibo, concedendo-lhe o prazo de dez dias para se manifestar, o que foi feito através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fl. 111 e 111-v, postada em 11/06/2021.

A autuada comparece mais uma vez aos autos, fls. 114 a 116, cópia às fls. 121 a 127, onde após expor os fatos, registra o refazimento dos levantamentos pelo autuante, fato que resultou na redução do valor cobrado, decorrente da exclusão de inúmeras operações em que as inconsistências levantadas foram reconhecidas.

Assevera que inobstante a substancial redução do valor lançado, quase 60% de seu montante originário, melhor sorte não restará ao saldo remanescente, apontando que o Auditor Fiscal não percebeu situações, em meio às operações mantidas, também suficientes para a pronta desconstituição do ICMS pretendido.

Apresenta planilha, que diz já terem sido juntadas aos autos com a impugnação administrativa, onde entende demonstrar os equívocos um a um, juntamente com as suas correlatas mercadorias/operações, capazes de fundamentar a desconstituição que se faz necessária também do ICMS e multa, colhidas de forma aleatória e por amostragem, representando a precariedade do saldo remanescente o que impõe necessária a reapreciação.

Inf.	Mercadorias/Operações	Razões que demonstram o direito a não recolher o ICMS
02	ARROZ CAMIL AGULHINHA T.1 FDO 1 X 10 1KG - NCM 10063021	Conforme art. 265, inc. II, alínea “c” do RICMS/BA, há isenção para operações internas não consideradas pelo autuante.
02	LIXEIRA PIA BASCULANTE PLASNEW 3.6L CJO 1 X 1 1UND - NCM 39241000	Produto sujeito a ST, conforme item 8.14 do Anexo 1 do RICMS por subsunção da operação a hipótese normativa.
02	LUVA EXAMGLO FINA MULTIUSO P UND 1 X 1 10UND NCM 40151100	Produto sujeito a ST, conforme item 9.11 do Anexo 1 do RICMS por subsunção da operação a hipótese normativa.
02	OLEO PEROBA LAVANDA UND 1 X 1 100ML - NCM 27101999	Produto com mais de 70% de sua composição derivado de petróleo - sujeito a ST conforme item 6.8 do Anexo 1 do RICMS
02	MISTURA JAPONESA DAUCY CONG. UND 1 X 1 1KG - NCM 07109000	Produto considerado natural - isenção prevista no Convênio ICM 44/75 - Parecer nº 39137/2019, com efeitos retroativos.
03	LIXEIRA C/PEDAL PLASVALE 13L 182 UND 1 X 1 1UND - CFOP 5405	Produto sujeito a ST, conforme item 8.14 do Anexo 1 do RICMS por subsunção da operação a hipótese normativa.
03	TINT. IMÉDIA PRETO 1 1x1 KIT - CFOP 5102	“FECOP” começou a incidir nos cosméticos apenas em 10/03/2020, conforme Lei nº 13.461/2015
03	BICO ORT. SILICONE BABY GO 2103 1x1 2 UND	Produto sujeito a ST, conforme item 9.20 do Anexo 1 do RICMS por subsunção da operação a hipótese normativa.

03	CORVINA POSTA COSTA SUL CONG. 1x1 800G CFOP 5102	Isento conf. art. 265, inc. II, alínea “e” do RICMS/BA. Isenção sobre pescados vigorou até 31/05/2016.
03	COBERT. CHOC. HERALD CONFEITO AMARGO 1x1 1050G CFOP 5405	Mercadoria sujeita a ST, conforme item 11.6 do Anexo 1 do RICMS por subsunção da operação a hipótese normativa.

Requer que seja determinada a realização de nova diligência com intimação para participação dos assistentes técnicos já indicados, com ulterior oportunização para nova manifestação, a viabilizar o esperado julgamento, que, por certo, levará a anulação do Auto de Infração.

Frisa que além da farta documentação, já acostada aos autos, protesta pela apresentação e/ou juntada de qualquer outra informação ou documento que ainda sejam do interesse da fiscalização, para definitivo atingimento da verdade material nos autos.

A nova informação prestada pelo autuante, fls. 143 a 182, reproduz as infrações, o teor da diligência, os novos argumentos aduzidos na manifestação para registrar em seguida que a autuada argui ainda a existência de inconsistências, entretanto, não as indica, apenas pontua algumas, que reproduz.

Transcreve o art.2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 e o art. 332, inc. I do RICMS/2012 para demonstrar que o enquadramento das infrações está correto, não havendo razão para alagar a ausência de subsunção do fato à norma.

Em seguida ao analisar o mérito das infrações 02 e 03, passa a abordar cada item, e repete as mesmas contrarrazões já expostas na informação fiscal, o que torna desnecessário sua repetição.

Ao tratar dos argumentos da defesa frente a infração 03, repete as informações prestadas para a infração 02, excluindo parte dos itens arrolados, restando como devido o ICMS de R\$60.147,75, conforme demonstrativo.

Quanto ao pedido de nova diligência, pontua que este deveria se fundamentar na efetiva necessidade, não bastando solicitar, conforme previsto no art. 145 do RPAF/99, copiado, como ocorreu.

Assegura que os demonstrativos anexados aos autos e gravados no CD, fl. 15 confere ao levantamento todos os elementos probantes das infrações.

Ao analisar o pedido de diligência, lembra que o art. 147, inc. II, alínea “a” do RPAF, prevê que o pedido de diligência será indeferido quando a prova do fato não depender de conhecimento técnico especial. No caso, as provas reunidas são os documentos e livros fiscais do próprio contribuinte, contra os quais não fez nenhuma objeção, portanto, não se justifica tal requerimento.

Conclui defendendo a procedência parcial do lançamento no valor total de R\$64.541,99.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise, imputa ao sujeito passivo a acusação do cometimento de três infrações à legislação do ICMS, pela falta de recolhimento do imposto em razão de ter sido identificada a prática de operações de saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo as infrações 02 e 03 tempestivamente impugnadas.

Registro que a defesa não contesta a infração 01, motivo pelo qual a considero desde já subsistente, com base no art. 140 do RPAF/99.

Atuando na atividade econômica principal do comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - hipermercados, a autuada é contribuinte do ICMS, inscrita no Cadastro Estadual na condição NORMAL.

A cientificação do início da ação fiscal ao contribuinte ocorreu em 08/06/2020, quando da leitura por este, da mensagem 162003, postada através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fl. 06, atendendo o que dispõe o art. 28, inc. II do RPAF/99.

Registro que apesar da autuação recair sobre uma única prática considerada infração, esta foi dividida em três, por mera facilidade didática, quando o autuante as segregou em operações de (i) remessa de aparas de papel – CFOP 5.910; (ii) saídas de mercadorias tributadas para outras unidades da federação que ocorreram sem tributação; e, (iii) operações normalmente tributadas, cujas saídas ocorreram com ECF, como se substituídas fossem.

Ressalto que tal procedimento, além de louvável, demonstra o cuidadoso trabalho executado pelo autuante, que efetivamente facilitou a defesa e o posterior julgamento da lide.

Compulsando os autos, constato que o autuante elaborou os demonstrativos analíticos e sintéticos de forma clara e de fácil cognição, contendo todos os elementos necessários para a correta identificação das operações arroladas, uma vez que foram explicitados os dados de notas fiscais e cupons fiscais emitidos, identificadas todas as mercadorias com as respectivas NCM's, a base de cálculo, a alíquota e o imposto não recolhido. Todos os demonstrativos impressos constam em recorte juntados aos autos, fls. 08 a 14, assim como a mídia – CD, fl. 15, contendo todos os arquivos na sua inteireza gravados, cujas cópias foram entregues ao contribuinte quando da cientificação da lavratura do Auto de Infração, ocorrida em 27/07/2020, através da leitura da mensagem 167270, postada via DT-e, fls. 17 e 18.

Preliminarmente a defesa argui nulidade do lançamento sob o argumento de que “*os dispositivos eleitos como infringidos pela autuada, não guardam relação de causa e efeito com a conduta reprimida pelo fisco...*”, incorrendo assim em possível vício de fundamentação decorrente da subsunção do fato à norma.

A doutrina define subsunção como uma “*ação ou efeito de subsumir, isto é, incluir (alguma coisa) em algo maior, mais amplo. Como definição jurídica, configura-se a subsunção quando o caso concreto se enquadra à norma legal em abstrato. É a adequação de uma conduta ou fato concreto (norma-fato) à norma jurídica (norma-tipo). É a tipicidade, no direito penal; bem como é o fato gerador, no direito tributário*”.

No mundo abstrato a obrigação tributária decorre de uma previsão na norma jurídica que é composta de uma previsão hipotética que ocorrendo no mundo fático consequentemente irradiará para o mundo fático ou real, fazendo nascer a obrigação tributária no plano concreto.

Portanto, qualquer norma representa uma obrigação tributária em abstrato em que o sujeito passivo deverá cumprir seja ela de fazer ou deixar de fazer algo.

Admite-se haver a subsunção do fato à norma quando o conceito do fato (fato imponible) guardar absoluta identidade com o conceito desenhado normativamente na hipótese de incidência. Ao ganhar concretude o fato, instala-se automática e inevitavelmente o laço abstrato pelo qual o sujeito ativo torna-se titular do direito subjetivo de exigir a prestação, ao passo que ao sujeito passivo restará cumpri-la.

No caso em discussão, o fato apurado pela autoridade fiscal foi a falta de recolhimento do ICMS decorrente de práticas do sujeito passivo, que ao juízo do fiscal, contrariam a norma tributária, especificamente aquela contida no art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I do RICMS/2012:

O art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 assim determinam:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados; (...)

Art. 32. O imposto será recolhido junto à rede bancária autorizada, entidades públicas ou privadas conveniadas, ou ao agente arrecadador da rede própria, no local da ocorrência da operação ou prestação tributável, no prazo e formas estabelecidos pelo regulamento ou convênio firmado.

Já o art. 332, inc. I do RICMS/2012, assim se apresenta:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

I - até o dia 9 do mês subsequente:

- a) ao da ocorrência dos fatos geradores, tratando-se de contribuintes sujeitos ao regime de conta corrente fiscal de apuração do imposto;*
- b) quando o termo final do diferimento for a entrada da mercadoria no estabelecimento do responsável, porém mediante documento de arrecadação distinto;*
- c) ao da ocorrência dos fatos geradores, tratando-se de contribuintes sujeitos ao regime de conta corrente fiscal de apuração do imposto, na condição de responsável solidário, em relação às aquisições de mercadorias efetuadas junto a contribuintes não inscritos no cadastro;*

A atenta leitura de tais dispositivos associada a análise das infrações postas no Auto de Infração, dispensa qualquer argumentação para caracterizar a estampada subsunção dos fatos apurados pelo autuante, aos dispositivos citados, razão pela qual, afasto a arguição de nulidade suscitada.

Ademais, ressalto que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos, constatando ainda que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado.

Quanto ao pedido de diligência formulado na defesa e reapresentado em sede de manifestação, o indefiro com base no art. 147, inc. I, alíneas “a” e “b” do RPAF/99, tendo em vista que se deferida fosse, se destinaria a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse da autuada, posto que os dados que serviram de base para a auditoria fiscal que resultou no presente lançamento foram extraídos da Escrituração Fiscal Digital – EFD elaborada e transmitida pelo contribuinte e notas e cupons fiscais eletrônicos por ele emitidos, além de considerar que os elementos constantes nos autos são suficientes para formar a convicção dos julgadores.

Considero ainda que eventuais provas do fato não dependem do conhecimento especial de técnicos que se mostram desnecessárias em vista de outras provas produzidas, motivo que justifica a negativa ao pedido de perícia fiscal, com base no art. 147, inc. II, alíneas “a” e “b” do citado RPAF.

Rejeito também o argumento de cerceamento do direito de defesa decorrente do indeferimento dos pedidos acima, tendo em vista vasta jurisprudência sobre a matéria.

Trago como exemplo o julgamento do processo nº 0006443-83.2016.4.03.0000, onde a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - TRF3 manteve decisão da 1ª Vara Federal de Ourinhos/SP que negou o pedido de prova pericial contábil a uma fábrica de confecções em uma ação de execução fiscal.

Para os magistrados, a prova pericial requerida não se mostra necessária para a causa. A confecção havia ingressado com agravo de instrumento no TRF3 sustentando a nulidade da decisão do juiz de primeira instância por cerceamento de defesa, tendo o relator assim se manifestado:

“O indeferimento de realização de prova pericial não configura, por si só, cerceamento do direito de defesa, nem tampouco violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, principalmente, havendo nos autos acervo documental suficiente para o julgamento da demanda”, ressaltou o desembargador federal Cotrim Guimarães, o relator do processo.

O acórdão explicou que a questão do deferimento de uma determinada prova depende de avaliação do magistrado sobre o quadro probatório existente e sobre a necessidade dessa prova, prevendo o artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973 a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias, dispositivo mantido no novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 no seu art. 370, parágrafo único:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Ressalto trecho do voto: “A necessidade da produção de provas se justifica sempre que exista um fato que escape do conhecimento do julgador e cuja aferição dependa de conhecimento especial, seja testemunhal, técnico ou científico”, salientou o relator.

Por fim, a Segunda Turma negou provimento ao recurso, por unanimidade, baseada também em precedentes do TRF3, que enfatizam caber ao juiz, a quem compete a direção do processo, decidir sobre a conveniência ou não de realização de perícia, assim justificou: “Ademais, a valoração que se dará às provas a serem produzidas depende do livre convencimento motivado, não estando este Juízo adstrito ao laudo pericial a ser produzido (art. 436, do CPC/73)”, conclui o relator.

Quanto ao mérito, a defesa apontou aspectos que poderiam descaracterizar a infração 02, assegurando haver nos levantamentos (i) a existência de mercadoria sujeita à substituição tributária, conforme itens do Anexo 1 do RICMS; (ii) a aplicação da alíquota de 18% + 2% de “FECOP”, antes da vigência, já que esta foi instituída pela Lei 13.461, com efeitos apenas a partir de 10/03/2016; (iii) a existência de mercadoria com mais de 70% de sua composição derivado de petróleo, portanto, sujeita ao regime de substituição tributária conforme item 6.8 do Anexo 1 do RICMS; (iv) a existência de produto considerado em estado natural, e assim enquadra-se na isenção prevista no Convênio ICMS 44/75, conforme Parecer DITRI nº 39137/2019 com efeitos retroativos; (v) a inclusão dos itens feijão, arroz, farinha de mandioca e farinha de milho, que são produtos isentos, conforme art. 265, inc. II, alíneas “b”, “c” e “d” do RICMS/BA; e, (vi) a inclusão do produto macarrão que está sujeito a alíquota de 7%, conforme art. 16, inc. I, alínea “a” da Lei 7.014/96.

A defesa trouxe ainda aos autos, fls. 34 a 62, planilha contendo todos os itens arrolados no levantamento, indicando em cada caso suas observações argumentativas.

O autuante em sede de informação fiscal acolheu parte dos argumentos da defesa, mantendo outros itens sob as justificativas conforme a seguir expostas.

Quanto as operações de vendas de arroz, farinha de mandioca e feijão para outras unidades da federação, a defesa arguiu que tais operações não estão amparadas pela isenção do ICMS. O autuante as manteve no levantamento em razão de se tratar de operações interestaduais com CFOP 6.102 – VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS.

Pontua ainda que isenção está prevista no art. 265, inc. II, alíneas “a” e “b” do RICMS/2012 que assim dispõe:

Art. 265. São isentas do ICMS: (...)

II – as saídas internas de: (...)

b) farinha de mandioca (Conv. ICMS 59/98);

c) arroz e feijão (Conv. ICMS 224/17);

Portanto, a isenção para estes itens, previstas nos Convênios ICMS 59/98 e 224/17, só podem ser usufruídas nas operações internas, de forma que correto está o entendimento do autuante em manter estas operações no levantamento.

Em seguida refuta todos os argumentos que questionaram a inclusão de itens no regime de substituição tributária, especificamente CADEADO MOTO WESTERN, destinado ao uso em motocicletas, fato que não o enquadra no disposto no item 8.75 do Anexo 1 do RICMS/2012.

Ao tratar do item MACARRÃO. IMPERADOR ESPAGUETE COMUM onde a autuada invocando o art. 16, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, defende que a alíquota aplicada deve ser de 7%, o autuante corretamente manteve a exigência por tratar-se de operações interestaduais, CFOP 6.102. Portanto, aplica-se a alíquota interestadual, conforme inc. II do art. 16 da Lei nº 7.014/96.

Manteve no levantamento também o item ÓLEO PEROBA, um óleo vegetal utilizado para polir móveis, por não se encontrar na substituição tributária, uma vez que no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente à época dos fatos, a posição 6.8 trata de “*Outros óleos de petróleo ou de minerais betuminosos (exceto óleos brutos) e preparações não especificadas nem compreendidas noutras posições, que contenham, como constituintes básicos, 70% ou mais, em peso, de óleos de petróleo ou de minerais betuminosos, exceto os que contenham biodiesel e exceto os resíduos de óleos.*” Dessa forma, acato a manutenção do item no levantamento.

Quanto aos produtos denominados de LIXEIRAS e SABONETEIRAS PLASTISUL, que segundo a defesa estaria citada no item 8.14 do Anexo 1 ao RICMS/2012, demonstra não corresponder a correta interpretação, haja vista que a posição 8.14 do citado anexo, especifica: “*Artefatos de higiene/toucador de plástico, para uso na construção*”.

No caso em análise, as lixeiras e saboneteiras Plastisul são de uso doméstico, portanto, não estão enquadradas como produtos da substituição tributária. Acertada a manutenção dos itens no levantamento.

Quanto a alegação de que as LUVAS EXAMGLO FINA MULTIUSO estão contempladas no item 9.11 do Anexo 1 ao RICMS/2012, também, corretamente o autuante as manteve no levantamento, tendo em vista que a posição 9.11 do anexo, traz a seguinte descrição: “*Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento – Lista neutra*”, que efetivamente não se aplica as luvas multiuso, destinada a limpeza doméstica.

Em relação aos produtos hortifrutícolas incluídos no levantamento, o autuante demonstra que todos são produtos que sofreram processo de industrialização e assim os manteve no levantamento.

Nesse sentido ressalto que o autuante mais uma vez agiu corretamente, em observância ao disposto no art. 265, inc. I, alínea “a” do RICMS/2012

Art. 265. São isentas do ICMS:

I – as saídas internas e interestaduais:

a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80);

Lembro que o Convênio ICM 44/77 que dispõe sobre a isenção de produtos hortifrutigranjeiros, assim determina:

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

I - hortifrutícolas em estado natural: (Grifo do relator)

Portanto, corretamente foram mantidos no levantamento os hortifrutícolas submetidas ao processo de industrialização como: seleção, lavagem, cozimento, secagem, acondicionamento a vácuo e congelamento, inclusive aqueles que deram origem a outros produtos que efetivamente não se trata de legumes em seu estado natural, e sim, de novos produtos alimentícios prontos para consumo.

Saliento, por oportuno, que a menção ao Parecer da DITRI nº 39137/2019, não serve de socorro a defesa, pois refere-se especificamente a operações internas com produtos hortifrutícolas em estado natural, ainda que resfriados e/ou congelados, o que não é o caso aqui tratado.

A título de esclarecimento, transcrevo a ementa e parte da resposta da consulta da Diretoria de Tributação no citado parecer:

Ementa: ICMS. Isenção. Consulta. Pedido de Reconsideração ao Parecer GECOT nº 38.859/2019. A isenção abarca as operações internas com produtos hortifrutícolas em estado natural, ainda que resfriados e/ou congelados. Convênio ICM nº 44/75, Cláusula primeira, inciso I. RICMS/BA, art. 265, inciso I, alínea “a” e § 5º.

Sendo que a resposta assim esclarece:

Portanto, entende-se que a isenção prevista no art. 265, § 5º se aplica às operações com produtos em estado natural resfriados e/ou congelados, já que se constituem no mesmo processo de conservação de alimentos utilizando o frio, cuja diferença reside apenas no grau da temperatura.

Observa-se ainda que, o inciso II do § 5º do art. 265 do RICMS/BA faz a ressalva de que, tratando-se de produtos resfriados e/ou congelados, o benefício somente se aplica nas operações internas.

Em assim sendo, entende-se que o Parecer GECOT nº 38.859/2019 deve ser modificado para contemplar com a isenção as operações internas realizadas pela Consulente com morango, amora, mandioca, brócolis, ervilha, couve-flor, vagem, milho, cenoura, mix de legumes, todos em estado natural e resfriados e/ou congelados. (Grifos do relator.).

Assim, tratando-se de produtos que comprovadamente sofreram processo industrial, a eles não se aplica a isenção prevista no 265, inc. I, alínea “a” do RICMS/2012.

Destarte, acolho a revisão procedida pelo autuante, restando devido o montante de R\$4.394,24, conforme demonstrativo:

Mês	Valor Histórico – R\$
mar/16	362,10
mai/16	411,23
jun/16	814,67
jul/16	578,83
ago/16	805,15
out/16	353,26
nov/16	532,19
dez/16	536,81
Total	4.394,24

Quanto a infração 03, o autuante também procedeu a revisão do levantamento, cujas justificativas repetem aquelas da infração 02, de modo que a acato, restando devido o montante de R\$60.147,75, conforme demonstrativo:

Mês	Valor Histórico – R\$
31/01/2016	12.370,26
29/02/2016	8.288,47
09/03/2016	2.845,69
31/03/2016	5.241,96
30/04/2016	3.856,22
31/05/2016	3.143,87
30/06/2016	4.884,26
31/07/2016	3.053,34
31/08/2016	3.324,70
30/09/2016	2.162,43
31/10/2016	2.606,58
30/11/2016	3.365,59
31/12/2016	5.004,38
Total	60.147,75

Em resumo, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, cujo resumo segue:

INFRAÇÃO 01 – procedente;

INFRAÇÃO 02 –parcialmente procedente no montante de R\$4.394,24;

INFRAÇÃO 03 – parcialmente procedente no montante de R\$60.147,75.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **217359.0007/20-6**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$64.545,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR